

A **PRIPIH PERMATA SDN BHD lwn. BANK MUAMALAT
MALAYSIA BHD**

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, MELAKA

ABDUL KARIM JALIL H

[GUAMAN SIVIL NO: GS 22(A) NCvC-05-03-2012]

B 26 DISEMBER 2014

C ***PERBANKAN:** Perniagaan bank dan perbankan – Perbankan Islam – Pembelian hartanah – Pembeli memasuki perjanjian pembiayaan dengan bank berasaskan prinsip al-bai bithaman ajil – Perjanjian bahawa bank akan membeli hartanah dan menjual semula kepada pembeli dengan harga belian ditambah untung – Projek hartanah terbengkalai kerana pemaju telah digulung – Bank mengarahkan plaintif meneruskan bayaran ansuran bulanan – Pembeli membayar kesemua pinjaman tetapi masih tidak memperolehi milikan kosong hartanah – Sama ada subjek perkara kontrak wujud – Sama ada perjanjian sah – Sama ada mengandungi unsur-unsur riba dan gharar*

D Plaintif telah membeli tiga unit rumah kedai/pejabat ('hartanah') daripada syarikat pemaju ('pemaju') untuk menjalankan perniagaan sebuah klinik. Bagi membiayai pembelian ini, plaintif memasuki satu perjanjian berasaskan prinsip *Al-Bai Bithaman Ajil* ('perjanjian tersebut') dengan defendan di mana
E defendan akan membeli hartanah tersebut daripada pemaju dengan harga RM384,000 dan seterusnya menjual semula kepada plaintif dengan harga belian ditambah keuntungan sebanyak RM764,051.40. Plaintif dibenarkan membayar RM4,244.73 sebagai ansuran bulanan selama 180 bulan. Plaintif telah membuat pembayaran seperti dalam perjanjian tanpa gagal. Apabila
F hartanah tersebut didapati telah terbengkalai kerana pemaju telah digulung, plaintif memaklumkan defendan agar menghentikan pembayaran. Namun begitu, defendan mengarahkan plaintif meneruskan bayaran ansuran bulanan seperti biasa dan menegaskan bahawa tindakan undang-undang akan diambil sekiranya plaintif gagal menuruti arahan defendan. Plaintif membayar
G kesemua pinjaman dan tiada apa lagi yang terhutang tetapi masih tidak memperolehi milikan kosong hartanah tersebut. Plaintif memulakan guaman ini terhadap defendan dengan menghujahkan, antara lain, bahawa (i) kesemua suratcara berkaitan perjanjian tersebut adalah terbatal atau tidak sah kerana berasaskan konsep *Gharar Al-Fahish*; dan (ii) 'security interest' yang dikenakan berunsurkan riba. Plaintif menuntut ganti rugi terhadap harga hartanah tersebut berserta ganti rugi terhadap jumlah sewaan dan kos ubahsuai klinik.
H

Diputuskan (membenarkan tuntutan):

I (1) Prinsip *Gharar Al-Fahish* jelas terpakai sepenuhnya kerana dari awal sehingga ke penghujung kontrak, tiada apa-apa lagi subjek perkara kontrak yang wujud. Perkara ini telah dimaklumkan kepada defendan sejak awal lagi tetapi tidak diendahkan. Suratcara-suratcara perjanjian tersebut tidak sah. (perenggan 11)

- (2) Sekali imbas, 'security interest' boleh diterjemahkan sebagai faedah jaminan dan bukan kepentingan jaminan. Faedah jaminan tidak sama dengan margin keuntungan. Dengan itu, terdapat percanggahan dan faedah tersebut terjumlah kepada *riba* dan dilarang. Dalam melaksanakan kemudahan berlandaskan Syariah, defendan seharusnya mengelakkan apa jua unsur *riba*. (perenggan 13) A
- (3) Atas dasar imbalan kebarangkalian, tuntutan plaintif dibenarkan. Mahkamah memerintahkan agar (i) jumlah RM577,168.42 yang merupakan ansuran yang telah dibayar kepada defendan dipulangkan kepada plaintif; (ii) defendan membayar kepada plaintif RM387,600 sebagai ganti rugi sewaan klinik dan RM4,200 sebagai ganti rugi ubahsuai klinik. (perenggan 14) B

Kes-kes yang dirujuk:

- Bank Islam Malaysia Bhd v. Azhar Osman & Other Cases* [2010] 5 CLJ 54 HC (*dibezakan*)
Bank Islam Malaysia Bhd lwn. Azhari Md Ali [2012] 5 CLJ 920 HC (*dirujuk*)
Bank Islam Malaysia Bhd v. Lim Kok Hoe & Anor and Other Appeals [2009] 6 CLJ 22 CA (*dibezakan*) D
Chang Yun Tai & Ors v. Dataran Mantin Sdn Bhd & Ors [2008] 8 CLJ 762 HC (*dirujuk*)
Chang Yun Tai & Ors v. HSBC Bank (M) Bhd & Other Appeals [2011] 7 CLJ 909 FC (*dirujuk*)
Dayapi Holdings Sdn Bhd & Anor v. Arab-Malaysian Finance Bhd & Anor [2009] 1 CLJ 916 HC (*dirujuk*) E
Public Bank Bhd v. Mohd Isa Mohd Nafidah [2013] 1 CLJ 274 HC (*dirujuk*)

Perundangan yang dirujuk:

Rules of Court 2012, O. 14A

Bagi pihak plaintif - Karen Cheah; T/n Fatima Tan & Cheah
Bagi pihak defendan - Nasrul Hadi; T/n Adnan Sharida & Assocs

Dilaporkan oleh Najib Tamby

PENGHAKIMAN

Abdul Karim Jalil H:

[1] Selaras dengan persetujuan semua pihak dan perintah mahkamah bertarikh 31 Julai 2013 yang dibuat di bawah A. 14A, Kaedah-kaedah Mahkamah 2012, (permohonan di lampiran 32) pelupusan tindakan ini akan dilaksanakan melalui penentuan persoalan undang-undang dan/atau pentafsiran dokumen-dokumen yang berbangkit dalam prosiding kes ini tanpa perbicaraan penuh dan yang akan menentukan secara muktamad keseluruhan kausa dan/atau isu dalam tindakan ini. Persoalan undang-undang untuk diputuskan oleh mahkamah ini adalah seperti yang berikut:

- (a) Sama ada defendan telah melanggar prinsip *Al-Bai Bithaman Ajil* dengan mengenakan 10.50% faedah selaku "*The security interest*" terhadap keseluruhan jumlah hutang plaintif kepada defendan;

- A (b) Sama ada perjanjian pembelian hartanah, perjanjian penjualan hartanah dan surat ikatan penyerahhakan kesemuanya bertarikh 25 Februari 1998, adalah sah atau terbatal?
- B (c) Sama ada plaintif berhak dapat pampasan dari defendan akibat daripada harapan yang sah untuk memperoleh hartanah tersebut (legitimate expectation)?
- (d) Sama ada defendan telah melanggar prinsip *Al-Bai Bithaman Ajil* kerana gagal menjaga kepentingan plaintif serta hartanah tersebut apabila gagal mengambil tindakan untuk menguatkuasakan Aku Janji Pemaju?
- C (e) Sama ada plaintif bertanggungjawab untuk menjelaskan ansuran bulanan pembiayaan hartanah tersebut dalam apa jua keadaan?
- (f) Sama ada defendan telah menggunakan paksaan dan/atau pengaruh tidak wajar apabila mengarahkan plaintif untuk meneruskan dengan pembayaran ansuran bulanan walaupun mempunyai pengetahuan terperinci bahawa projek terbengkalai?
- D (g) Sama ada balasan yang sah wujud dalam transaksi berkenaan perjanjian-perjanjian tersebut apabila mengambil kira kronologi transaksi-transaksi?
- E (h) Sama ada subjek perkara perjanjian-perjanjian tersebut adalah kabur, tiada kepastian (uncertain) dan tiada kemungkinan dipenuhi oleh defendan?
- (i) Sama ada plaintif bertanggungjawab untuk menjelaskan ansuran bulanan hartanah tersebut memandangkan bayaran berperingkat pembiayaan telah dilepaskan oleh defendan kepada pemaju?
- F (j) Sama ada plaintif berhak mendapat ganti rugi daripada defendan?

G [2] Mahkamah ini juga telah membenarkan permohonan dalam lampiran 32 kerana pihak-pihak telah pun bersetuju bahawa tiada pertikaian fakta berhubung dengan kes ini; kewujudan transaksi-transaksi yang dinyatakan dalam pliding-pliding tidak dipertikaikan; dokumen-dokumen yang dikemukakan dalam ikatan dokumen bersama, ikatan dokumen bersama (2), ikatan dokumen tambahan plaintif, ikatan dokumen tambahan defendan telah pun dipersetujui dan tidak dipertikaikan; hanya persoalan undang-undang dan/atau tafsiran undang-undang yang wujud bagi penentuan kes ini: (Kes *Dayapi Holdings Sdn Bhd & Anor v. Arab-Malaysian Finance Bhd & Anor* [2009] 1 CLJ 916; [2009] 7 MLJ 627 dirujuk).

H [3] Berdasarkan kertas-kertas kausa dan dokumen-dokumen yang dipersetujui tersebut, fakta latar belakang kes ini dapat diringkaskan seperti yang berikut:

I

- (a) Plaintiff ialah sebuah syarikat yang ditubuhkan di Malaysia di bawah Akta Syarikat 1965 dan mempunyai alamat penyampaian di No. 40, Jalan Mutiara Melaka 2, Taman Mutiara Melaka, 75350 Melaka, Melaka dan berdaftar dengan nombor 397732-X. A
- (b) Defendan mengamalkan perbankan Islam dan telah menerima pindah akaun dari Bank Bumiputra Malaysia Berhad berdasarkan satu perintah letak hak berkuat kuasa 1 Oktober 1999 dan pada setiap masa yang material merupakan syarikat yang ditubuhkan di Malaysia yang mempunyai alamat berdaftar di Menara Bumiputra, 21 Jalan Melaka, 50100 Kuala Lumpur dan cawangannya di No. 395 Taman Sinn, Jalan Semabok, 75050 Melaka. B C
- (c) Plaintiff telah membeli tiga unit rumah kedai/pejabat yang dikenali sebagai “Mutiara Melaka” Lot 4, Parcel No. 4A, 4B & 4C yang dipegang di bawah Hak Milik No. H.S (D) 24776, P.T. 5550 & H.S. (D) 24777, P.T.5551, Mukim Batu Berendam, Daerah Melaka Tengah, Melaka (selepas ini dirujuk sebagai “hartanah berkenaan”) daripada syarikat pemaju yang dikenali sebagai Sentuhan Mutiara Sdn Bhd (pemaju tersebut). Dua perjanjian jual beli masing-masing bertarikh 21 Mac 1997 (ms. 1-67, kandungan 20) telah dimasuki antara plaintiff dengan pemaju tersebut. D
- (d) Bagi tujuan pembiayaan hartanah berkenaan, plaintiff telah memohon pembiayaan daripada defendan dan defendan melalui surat tawaran bertarikh 19 Jun 1997 (ms. 68-74, kandungan 20) telah meluluskan pembiayaan hartanah berkenaan. E
- (e) Selaras dengan kelulusan di atas, beberapa pucuk surat cara pembiayaan telah dilaksanakan pada tarikh sama iaitu 25 Februari 1998. Selain surat kuasa wakil dan surat jaminan, melalui perjanjian pembelian hartanah (PPA), perjanjian penjualan hartanah (PSA) dan surat ikatan penyerahhakan kesemuanya bertarikh 25 Februari 1998 (selepas ini dirujuk sebagai “perjanjian tersebut”) yang dimasuki antara plaintiff sebagai pembeli dengan Bank Bumiputra Malaysia Berhad (selepas ini dikenali sebagai BBMB) sebagai penjual, pihak plaintiff telah bersetuju untuk membeli hartanah berkenaan dengan harga belian berjumlah RM764,051.40 untuk membolehkan plaintiff menjalankan perniagaan sebuah klinik – Rujuk surat tawaran bertarikh 19 Jun 1997 (ms. 68-74), PPA (ms. 76-84), PSA (ms. 85-106), ikatan dokumen, kandungan 20. F G H
- (f) Perjanjian tersebut berdasarkan prinsip *Al-Bai Bithaman Ajil* (BBA) yang menyatakan antara lain bahawa pihak BBMB akan membeli hartanah berkenaan secara tunai daripada pihak pemaju dengan harga RM384,000 dan seterusnya menjual semula kepada plaintiff dengan harga belian I

A ditambah keuntungan berjumlah RM764,051.40 dan plaintiff dibenarkan membayar balik secara tangguhan atau ansuran (ie, RM4,244.73 sebulan selama 180 bulan). Antara terma perjanjian-perjanjian tersebut ialah:

PROPERTY PURCHASE AGREEMENT (PPA)

B 5. PASSING OF BENEFICIAL OWNERSHIP

The beneficial ownership including but not limited to the interest, rights and benefit in the property shall pass to the Bank upon the execution of this Agreement.

PROPERTY SALE AGREEMENT (PSA)

C 2. SALE OF THE PROPERTY

The Bank hereby sells and the Customer hereby purchases the Property from the Bank free from all encumbrances other than the conditions and restriction in interest expressed or implied in the separate document of title or strata title to the Property when issued and with vacant possession at the Sale Price and subject to the terms and conditions herein contained.

D (g) Seterusnya, plaintiff telah membuat pembayaran seperti dalam perjanjian tersebut tanpa gagal kepada defendan dengan suci hati dan penuh harapan dan anggapan munasabah bahawa hartanah tersebut akan dipindah milik kepada plaintiff setelah ansuran bulanan dilunaskan sepenuhnya dan bangunan yang dibina atas hartanah berkenaan dapat diduduki oleh plaintiff setelah siap dibina sepenuhnya.

E (h) Pada sekitar akhir 1998 atau awal 1999, plaintiff menyedari bahawa tiada kemajuan dalam kerja pembinaan projek tersebut. Pihak defendan telah dimaklumkan tentang kedudukan keadaan ini. Pada bulan Oktober 1999, plaintiff telah berjumpa dengan pengurus defendan di Cawangan Semabok, Melaka untuk memaklumkan kedudukan tersebut dan memohon moratorium pembayaran balik pinjaman sehingga projek tersebut dihidupkan semula.

F (i) Dalam pada itu juga, pada 5 Jun 2002, plaintiff telah dimaklumkan ketika menghadiri satu persidangan yang dianjurkan oleh pihak-pihak tuan punya unit di mana plaintiff telah dimaklumkan bahawa projek atas hartanah tersebut telah terbengkalai disebabkan pemaju hartanah berkenaan telah digulung.

G (j) Setelah plaintiff mendapati bahawa pemaju hartanah berkenaan telah digulung serta projek atas hartanah itu juga telah terbengkalai, plaintiff kemudiannya telah mengambil tindakan segera untuk mempertahankan hak mereka dengan menghantar surat kepada pihak defendan pada 5 Jun 2002 (ms. 202, kandungan 20) memohon supaya pembayaran bulanan plaintiff tersebut dapat dihentikan memandangkan projek hartanah berkenaan telah terbengkalai. Namun, pihak defendan menolak permohonan plaintiff tersebut dan mengarahkan plaintiff untuk

- meneruskan dengan bayaran ansuran bulanan terhadap pembelian tersebut seperti biasa. (Rujuk ms. 149, kandungan 20). Pihak defendan telah juga memberi representasi bahawa tindakan undang-undang akan diambil terhadap plaintif jika plaintif gagal membuat bayaran ansuran bulanan seperti biasa walaupun hartanah berkenaan tidak wujud dan tidak dapat dipindah milik ke atas nama plaintif. A
- B
- (k) Pemaju telah diambil tindakan penggulungan syarikat melalui Penggulungan Syarikat No. 28-28-2001 dan berada dalam pengurusan pegawai penerima sejak 2002 (Rujuk ms. 175-177, kandungan 20). Pada 25 Jun 2009, pemaju telah digulung dan pegawai penerima telah dilantik sebagai pelikuidasi – Rujuk ms. 6, kandungan 27). C
- (l) Menurut laporan pelikuidasi/pegawai penerima bertarikh 3 April 2013, hartanah berkenaan telah dijual kepada syarikat Popular Talent Sdn Bhd pada 14 Mei 2005 – ms. 6-10, kandungan 27).
- (m) Susulan daripada arahan defendan, plaintif telah membayar kesemua pinjaman dan tiada apa-apa lagi yang terhutang. Bagaimanapun, sehingga kini plaintif tidak menerima sebarang hartanah yang dibeli itu melalui PSA dengan defendan yang sepatutnya diterima dalam masa 36 bulan dari tarikh perjanjian jual beli iaitu 21 Mac 1997 (ms. 1-67, kandungan 20). D
- E
- (n) Plaintif menegaskan:
- (i) defendan telah menggunakan paksaan dan/atau pengaruh tidak wajar apabila mengarahkan plaintif untuk meneruskan dengan pembayaran ansuran bulanannya. F
- (ii) perjanjian-perjanjian tersebut terbatal dan tidak sah kerana pembayaran ansuran bulanan telah dibuat bagi hartanah yang tidak wujud dan tidak dapat dipindah milik kepada plaintif. Itu adalah tidak saksama (inequitable) dan tidak adil (unconscionable). G
- (iii) tiada balasan yang wujud dalam transaksi yang terlibat dalam perjanjian-perjanjian tersebut. H
- (iv) subjek perkara perjanjian-perjanjian tersebut adalah kabur, tiada kepastian (uncertain) dan tiada kemungkinan dapat dipenuhi oleh defendan sama sekali.
- (v) pertikaian telah berlaku antara plaintif dan defendan berkenaan dengan transaksi dalam perjanjian-perjanjian tersebut di mana plaintif telah mengalami kesusahan, ketidakadilan dan kerugian. I
- (o) Justeru itu, plaintif menuntut daripada defendan untuk:
- (i) satu deklarasi bahawa perjanjian pembelian hartanah bertarikh 25 Februari 1998 dan/atau perjanjian penjualan hartanah bertarikh 25 Februari 1998 dan/atau surat ikatan penyerahhakan bertarikh 25 Februari 1998 adalah terbatal atau tidak sah;

- A (ii) ganti rugi terhadap harga hartanah yang dikenali sebagai Lot 4, Parcel No. 4A, 4B & 4C yang dipegang di bawah Hak Milik No. H.S (D) 24776, P.T.5550 81. H.S. (D) 24777, P.T5551, Mukim Batu Berendam, Daerah Melaka Tengah, Melaka yang berjumlah RM764,051.40;
- B (iii) atau secara alternatif jumlah RM577,169.42 yang merupakan bayaran ansuran yang telah dibayar kepada defendan;
- (iv) ganti rugi terhadap sewaan klinik plaintiff yang berjumlah RM387,600;
- C (v) ganti rugi terhadap ubah suai/renovasi klinik plaintiff yang berjumlah RM4200;
- (vi) ganti rugi am;
- (vii) kos atas dasar peguam cara dan klien;
- D (viii) keuntungan yang ditaksirkan oleh mahkamah dari tarikh penghakiman sehingga penyelesaian penuh;
- (ix) kos tindakan; dan
- (x) lain-lain relif dan perintah seperti yang difikirkan patut dan adil oleh mahkamah mulia ini.
- E

[4] Semua pihak telah mengemukakan penghujahan bertulis yang terperinci untuk menyokong penghujahan masing-masing. Penghujahan tersebut terkandung dalam kandungan 35, 37, 40, 42, jawapan plaintiff bertarikh 22 November 2013 dan penghujahan tambahan plaintiff bertarikh 24 Januari 2014. Secara amnya, dalam keadaan istimewa kes ini yang melibatkan projek terbengkalai dan dengan hakikat, yang tidak dicabar, telah ada pembayaran sepenuhnya oleh plaintiff, saya berkecenderungan untuk bersetuju dengan penghujahan peguam plaintiff yang terpelajar.

- G [5] Sebelum menyentuh persoalan-persoalan yang dipersetujui, lebih afdal disentuh tentang kedudukan undang-undang perbankan Islam yang berkaitan dengan pinjaman melalui prinsip BBA. Prinsip BBA ini telah diperjelaskan dan disahkan dalam kes *Bank Islam Malaysia Bhd v. Lim Kok Hoe & Anor and Other Appeals* [2009] 6 CLJ 22 (MR) seperti yang berikut:

H [14] A BBA contract is a financial instrument in Islamic banking. It is the most common form of transaction being used in Islamic banking in this country. Basically, a BBA contract is a deferred payment sale contract. It is used to finance bank's customers to purchase and own properties or assets. It involves two distinct contracts, one a Property Purchase Agreement and also a Property Sale Agreement.

I [15] In a typical BBA contract, the customer will first sell the property or asset to the bank under the Property Purchase Agreement. The bank's purchase price would be the amount required by the customer. That sum is called the facility amount or the financing amount. It is also described as the bank's purchase price.

[16] The sale is a cash sale. The bank has to pay the purchase price to the customer immediately upon the completion of the documentation process. But in most cases, where a customer had entered into a Sale and purchase agreement with a developer to purchase a house, and therefore needs financing, the bank and the customer would mutually agree that the bank shall release the amount (the bank's purchase price) to the developer in stages against progress payment certificates.

A

B

[17] With that purchase, the property belongs to the bank. But, the customer is to buy it back from the bank and he will only be able to pay the price over a period of years. The bank will sell but the sale price will not be the same amount as the bank's purchase price. The sale price will include the bank's profit on the sale, which will later be calculated and added to the purchase price. The total amount is now the sale price. In effect, the bank will sell the very same property it has purchased from the customer to him at a selling price under the Property Sale Agreement. The customer then will pay the bank's selling price over a period of years by monthly instalments. At that point the customer becomes the owner of the property again.

C

D

Kedudukan ini tidak boleh dipertikaikan lagi. Walaupun bagi tujuan pembiayaan pinjaman, Mahkamah Rayuan dalam kes *Lim Kok Hoe & Anor* dengan jelas dan terang menyatakan bahawa kedua-dua kontrak PPA dan PSA merupakan kontrak yang sah tetapi masih tertakluk kepada prinsip perundangan kontrak biasa (conventional) berkenaan dengan isu-isu yang boleh membatalkan sesuatu kontrak itu. (Lihat perenggan 27, kes *Lim Kok Hoe & Anor and Other Appeals*, *supra*; juga, *Bank Islam Malaysia Bhd lwn. Azhari Md Ali* [2012] 5 CLJ 920; [2012] MLJU 193).

E

[6] Namun pada pandangan saya, semua kes di atas tidak menyentuh atau terpakai secara khusus dalam situasi yang ditimbulkan dalam kes ini. Seperti dipersetujui dalam fakta yang digariskan di atas, transaksi di sini melibatkan projek yang terbengkalai, pembayaran penuh telah dibuat, pihak defendan mengetahui kedudukan ini sejak tahun 1998 atau awal 1999 lagi, dan yang paling ketara tiadanya apa-apa hartanah (milikan kosong) diserahkan kepada plaintif (subjek perkara yang tidak wujud). Dicatatkan dalam kebanyakan kes-kes tersebut dan juga kes *Bank Islam Malaysia Bhd v. Azhar Osman & Other Cases* [2010] 5 CLJ 54 (per Hakim Rohana) dan *Public Bank Bhd v. Mohd Isa Mohd Nafidah* [2013] 1 CLJ 274, (per Hakim Zawawi) isu utama di situ melibatkan tindakan pihak bank ke atas peminjam kerana telah berlakunya kemungkiran kontrak (kegagalan membayar) dan tidak melibatkan projek terbengkalai. Bagaimanapun, YA Hakim Zawawi dalam *Public Bank Bhd v. Mohd Isa Mohd Nafidah*, walaupun berbeza fakta, ada menyentuh tentang isu berkenaan seperti yang berikut:

F

G

H

Issue (a)

I

[13] The general principle of Islamic law relating to contracts involving a non-existent subjectmatter is not in dispute. Islamic law lays down the condition that the subject matter (*mahal al-'aqd*) **must actually exist at the**

- A **time of the conclusion of contract.** Therefore, if the subject matter is non-existent, **the contract is void even though it could probably exist thereafter or even if it is established then that it would exist in the future.** The wisdom behind the underlying prohibition of the contract in the non-existing is the fear of *gharar* or risk which may affect the consent which is an important element of the contract (see *Al-Kasani, Badai Al-Sanai*, vol 5, p. 171). – (penekanan ditambah)
- B

[14] As regard the sale of an asset under construction using BBA and/or *Bai Al-Inah*, Malaysian scholars have permitted it because they perceive it as the sale of rights on the house under construction, not the sale of the physical house under construction. As rights are acknowledged as property in Islam according to majority of scholars, hence the customers can sell the independent financial rights (*haq maliyy*) to the bank. (see Zaharuddin Abd Rahman, *Contracts & The Products of Islamic Banking*, CERT, p. 117).

- C
- D [7] Peguam plaintif yang terpelajar menegaskan bahawa dalam keadaan istimewa kes ini, defendan sepatutnya bersikap adil dan bertanggungjawab untuk menentukan hak dan kepentingan plaintif termasuk untuk mendapat kembali wang daripada pemaju dilaksanakan. Defendan enggan bertindak sedemikian terutamanya dalam situasi, yang tidak dipertikaikan, apabila mengetahui kedudukan projek tersebut sejak 1998 atau awal 1999. Defendan dikatakan lebih mengutamakan keuntungan semata dan tidak mempedulikan
- E dasar prinsip itu sendiri iaitu untuk berlaku adil, tidak menyusahkan dan tidak berlaku zalim. Walaupun defendan menyedari tentang penggulangan pemaju, sedar tentang tanah itu sudah dijual dan projek berkenaan sudah terbengkalai, defendan masih dengan tegas mengarahkan plaintif membuat
- F bayaran penuh dan jika tidak, tindakan perundangan akan diambil. Peguam yang terpelajar telah bersandar kepada artikel “*Shariah and Legal Ussies in House Buying in Malaysia: The Legality of Bay ‘Bithamam-Al-Ajil (BBA) with Special Reference to Abandoned Housing Projects*” untuk menyokong hujahan di atas terutamanya ungkapan yang berikut:

- G (i) In BBA, through the Property Sale Agreement, the banks are the owners of the property. Logically, the owners are obligated to ensure that the purported houses will be duly completed and duly handed over to the purchasers and the titles can be registered in the purchasers’ names. There is no guarantee that at the end of the day, if the project is abandoned or the property has not been duly constructed, the bank as the owner must either do whatever is necessary to protect the interests of the purchasers or to compensate the purchasers or to return back all the moneys paid to them (restitution and indemnity).
- H

(Rujuk juga “*Law and Practice of Islamic Banking and Finance (Second Edition)*”).

I

Susulan itu juga, peguam plaintif yang terpelajar menghujahkan bahawa kontrak PPA dan PSA itu boleh diketepikan berasaskan konsep *gharar al-fahish* (ketidaktentuan yang terlampau). Ini disebabkan hartanah yang berkenaan tidak lagi wujud semasa kontrak dilaksanakan ataupun pada masa milikan kosong seharusnya diberikan.

[8] Peguam defendan yang terpelajar menafikan penghujahan peguam plaintif sebagai tepat. Peguam menegaskan bahawa semua surat cara yang berkenaan adalah sah dan teratur. Tiada unsur-unsur paksaan dan pengaruh tidak wajar dilakukan oleh defendan ke atas plaintif. Peguam menekankan bahawa tanggungjawab defendan hanyalah terhad untuk memberi pembiayaan kepada plaintif sahaja. Selaras dengan perjanjian yang dimasuki, defendan telah membuat bayaran yang sewajarnya kepada pemaju secara berperingkat berdasarkan sijil arkitek yang telah diserahkan kepada pihak defendan oleh arkitek yang dilantik oleh pemaju. Segala hal berkenaan dengan pembinaan dan penyerahan milikan kosong merupakan tanggungjawab pemaju sepertimana termaktub dalam perjanjian jual beli. Plaintif seharusnya mengambil tindakan terhadap pemaju dan bukan defendan. Defendan telah memenuhi kesemua obligasinya dan walaupun serahan milikan kosong tidak dilakukan oleh pemaju, plaintif masih bertanggungjawab dan surat cara-surat cara yang berkaitan tetap sah. Susulan itu juga, dihujahkan juga bahawa prinsip *gharar* tidak terpakai dalam kes ini (keputusan *Public Bank Bhd v. Mohd Isa Mohd Nafidah* [2013] 1 CLJ 274, (per Hakim Zawawi) dirujuk dan disandari).

[9] Peguam defendan yang terpelajar merujuk kepada kes *Chang Yun Tai & Ors v. Dataran Mantin Sdn Bhd & Ors* [2008] 8 CLJ 762, ms. 773-775, seperti yang berikut untuk menyokong saranan di atas:

[16] The relationship between the plaintiffs and the banks is purely commercial in nature strictly on a *quid pro quo* basis that the monies were lent to be repaid in accordance with the terms and conditions of the loan agreements.

[17] The contracts were therefore purely contracts to lend money using the apartments as security for the loan. The banks had nothing to do with the plaintiffs' purchase of the apartments. It was strictly a matter between the developer and the plaintiffs; and the banks as the provider of the loan, should not be concerned with the propriety or legality of any contracts entered into by Majlis Perbandaran Nilai, the developer, or any other persons leading to the acquisition and development of the land on which the apartments were built. As a matter of fact the banks would be as much a victim with respect to the apartments they had taken as a security if indeed they turned out to be not worth their value of the loan taken.

[18] The fact that the Majlis Perbandaran Nilai may have contravened the Local Government Act 1976 or the Power Attorney Act 1949 in granting the developer the power to act on its behalf, and that the sale of the apartments to the plaintiff may have been made in contravention of Division 5 of the Companies Act 1965 even if subsequently proved by

A the plaintiffs and accepted by the court at the trial, is totally irrelevant in so far as it involves the liability of the plaintiffs to the banks under the loan agreements that they have taken.

[19] It is clearly repugnant to good reason and common sense to find a cause of action based purely on the assertion that the banks were expected to know of those alleged irregularities and should therefore be estopped from enforcing their rights under the loan agreements. I would agree entirely with the submission of counsel for the banks that the consideration and object of the loan given by the banks to the plaintiffs were clearly not of such a nature that, if permitted, would defeat any law contrary to s. 24(b) of the Contracts Act 1950.

C [20] The case of *Chung Khiaw Bank* relied upon by counsel for the plaintiffs does not support the plaintiffs' right to maintain the action against the banks as it relates to some illegality being committed by a party in the contract to which the other was privy to.

D [21] *Chung Khiaw Bank* was a case of the bank having accepted the securities provided by Rasa Sayang Hotel to secure a loan which the bank provided to a director of a subsidiary company of the hotel to facilitate the purchase of the hotel's own shares. The activity contravened s. 67 of the Companies Act 1965 which prohibits a company from giving financial assistance to purchase its shares. This is quite unlike the loan agreements between the plaintiffs and the banks which were concerned purely with providing the plaintiffs with the money to purchase the apartments and did not involve other parties.

E [22] There is another reason why the plaintiffs' action against the Banks is unsustainable. The sale and purchase of the apartments had been completed. The loan sums had been disbursed to pay for the purchase. F No court would lend its hand in equity to a party to declare the other estopped from exercising his right under a loan agreement where it is plain and obvious that to do so would result in the former unjustly benefiting from not having to repay the loan. As alluded to by Rosenberg J of the Canadian High Court of Ontario in *Baranick, supra*, such an order to bar the banks from exercising their rights under the loan agreements may only be obtained by the equitable remedy of rescission of the loan agreements, that is to say an order to unmake the agreements and to restore the parties back to status *quo ante* in which case the plaintiffs would have to repay whatever sums expended by the banks to the plaintiffs.

H [23] I am inclined to agree with the submission of counsel for the defendants that the plaintiffs' action against the banks is purely preemptive calculated to forestall any action by the banks to recover the loan from the plaintiffs at least for the period that the question of illegality concerning the development of the apartments remains unresolved. Needless to say, such an act is an abuse of the process of the court which may be prompted to act under its inherent jurisdiction to strike out the I plaintiffs' action against the banks.

(Keputusan ini disahkan oleh Mahkamah Persekutuan dalam *Chang Yun Tai & Ors v. HSBC Bank (M) Bhd & Other Appeals* [2011] 7 CLJ 909)

[10] Dengan takzimnya, saya bersetuju dengan penghujahan oleh peguam plaintif yang terpelajar mengenai kedua-dua isu di atas. Pada pandangan saya pergantungan kepada prinsip dalam kes *Chang Yun Tai & Ors v. Dataran Mantin Sdn Bhd & Ors, supra*, tidak berapa tepat di sini. Walaupun Mahkamah Rayuan dalam kes *Bank Islam Malaysia Bhd v. Lim Kok Hoe & Anor and Other Appeals, supra*, mengatakan bahawa perundangan kontrak biasa (Akta Kontrak 1950) masih mengawal kedua-dua jenis kontrak ini, namun apa yang penting, kes tersebut dan kes-kes lain yang dirujuk mengesahkan dan mengiktiraf bahawa PPA dan PSA merupakan dua jenis kontrak yang sah dan berbeza dengan kontrak konvensional. Harus dicatatkan di sini bahawa kes *Chang Yun Tai & Ors* tersebut melibat tindakan defendan di situ yang cuba menggagalkan tindakan bank. Kes sekarang ini bukan begitu dan sebaliknya telah mematuhi sepenuhnya perjanjian-perjanjian tersebut atas arahan defendan dalam keadaan yang mereka sedia tahu kedudukan projek berkenaan. Untuk bersetuju dengan penghujahan peguam defendan akan menimbulkan satu keadaan bercanggah iaitu walaupun mengakui bahawa kedua-dua jenis perjanjian tersebut adalah sah dan berasingan, namun pada masa yang sama PPA dan PSA itu diberikan peranan dan kesan yang sama seperti skim pinjaman kewangan konvensional. Dengan itu, walaupun defendan mengetahui projek telah terbengkalai dan pemaju telah digulung tetapi terus membuat bayaran berperingkat kepada pemaju, tidak menguatkuasakan surat jaminan (undertaking), membiarkan hartanah itu dijual kepada pihak ketiga (pada tahun 2005), tidak memfailkan apa-apa bukti hutang dengan pelikuidasi pemaju, dan amat sedar bahawa tiada apa-apa milikan kosong boleh diberikan kepada plaintif, itu semua menjadi tidak relevan kerana berdasarkan kes *Chang Yun Tai & Ors*, hal perkara itu tiada kaitan dengan defendan. Defendan dibenarkan menutup mata dan memaksa plaintif melunaskan segala bayaran tanpa mendapat apa jua yang dijanjikan, sama ada hak atau hartanah berkenaan, dalam PSA tersebut. Pada saya, sikap sebegini akan bercanggah dengan asas yang mendasari konsep dan prinsip BBA ini. Jika dilihat dari sudut perundangan kontrak konvensional sekalipun, saya berpendapat kegagalan menyerahkan milikan kosong sepertimana yang dimaktubkan dalam PPA membuat kontrak PPA itu terbatal.

[11] Selanjutnya, saya juga bersetuju dengan penghujahan peguam plaintif berkenaan dengan terpakainya *gharar al-fahish*. Berdasarkan penjelasan YA Hakim Zawawi (ketika itu) dalam *Public Bank Bhd v. Mohd Isa Mohd Nafidah*, iaitu “Islamic law lays down the condition that the subject matter (*mahal al-‘aqd*) must actually exist at the time of the conclusion of contract. Therefore, if the subject matter is non-existent, the contract is void even though it could probably exist thereafter or even if it is established then that it would exist in the future. The wisdom behind the underlying prohibition of the contract in the non-existing is the fear of *gharar* or risk which may affect the consent which is an important element of the contract”, prinsip ini ternyata dipakai sepenuhnya di sini. Di sini, bukan sahaja sejak 1998, malahan sehingga ke

A

B

C

D

E

F

G

H

I

- A penghuji kontrak tiada apa-apa lagi subjek perkara kontrak wujud. Boleh dikatakan bukan sahaja subjek perkara tetapi harapan plaintif juga berkecai. Yang menyedihkan ialah perkara ini telah dimaklumkan kepada defendan sejak awal lagi tetapi tidak diendahkan. Plaintif bukan sahaja seolah-olah tetapi sebenarnya terkapai-kapai tanpa pertolongan dan harapan. Ini sudah
- B semestinya menjejaskan persetujuan plaintif. Atas dasar ini juga saya memutuskan perjanjian PSA dan PPA itu tidak sah dan terbatal. Dalam hal ini juga saya bersetuju dengan saranan dalam artikel "*Shariah and Legal Ussies in House Buying in Malaysia: The Legality of Bay 'Bithamam-Al-Ajil (BBA) with Special Reference to Abandoned Housing Projects*".
- C [12] Peguam plaintif yang terpelajar juga menimbulkan isu riba dalam menunjukkan bahawa PSA juga menjadi terbatal. Peguam mengatakan *security interest* yang dinyatakan merujuk kepada pengenaan riba dan itu dilarang dalam perbankan Islam. Peguam defendan sebaliknya mengatakan terma *security interest* itu bukan merujuk kepada riba tetapi *profit margin*
- D sepertimana yang disebut dalam surat tawaran (ms. 68, kandungan 20) dan dibenarkan di bawah prinsip BBA. Peguam juga mengatakan isu ini biasa ditimbulkan untuk mengelak pembayaran semula kemudahan yang diberikan (walaupun di sini semua pembayaran telah dilunaskan).
- E [13] Walaupun isu ini telah diperkatakan sebagai tidak relevan atau berkesan untuk mencabar pinjaman berdasarkan BBA, namun isu riba tetap menjadi isu yang amat serius. Kedudukan perundangan ini telah diperjelaskan dalam kes *Bank Islam Malaysia Bhd v. Lim Kok Hoe & Anor and Other Appeals*, *supra*. Adakah *security interest* yang dimaksudkan itu sebenarnya berunsur riba atau margin keuntungan (*profit margin*), sepertimana yang diujahkan oleh
- F peguam defendan? Yang jelasnya *security interest* ini tidak merujuk kepada *security deposit*. Terma *security interest* ini tidak dinyatakan dalam surat tawaran (ms. 68, kandungan 20). Tetapi terma ini ada ditakrifkan dalam PSA (ms. 88, kandungan 20) sebagai *ten point five per centum (10.50%) per annum*. (s. 22, Jadual). Selanjutnya, dalam kl. 4.1 (c) dan 4.2 diperuntukkan:
- G 4.1(c) the security Interest created in favour of the Bank shall be continuing security for the existing Indebtedness and future Indebtedness of the Customer with the Bank;
- 4.2 Security Interest
- H The Customer confirmed that the Security Interest is given or assigned to the Bank as security for existing or future Indebtedness granted by the Bank to the Customer.
- I Sekali imbas, *security interest* ini boleh diterjemahkan sebagai faedah jaminan dan bukan kepentingan jaminan. Dicatatkan terma ini tidak digunakan dalam surat tawaran. Malangnya juga, terma *profit margin* juga tidak ditakrifkan kecuali merujuk kepada 10.50%. Saya berpendapat faedah jaminan itu tidak sama dengan margin keuntungan. Dengan itu adanya percanggahan. Selaras dengan peruntukan kl. 14.1, PSA mengatasi surat tawaran itu. Dalam

keadaan itu ternyata faedah itu terjumlah kepada riba dan dilarang. Tetapi menurut kl. 23, ketidaksahan itu boleh tidak diberikan kesan dan tidak menjejaskan peruntukan yang lain. Dalam apa keadaan jua, kedudukan seperti ini tidak seharusnya berlaku. Pihak defendan seharusnya, dalam melaksanakan kemudahan yang berlandaskan syariah, yang digubal dengan terperinci untuk mengelakkan apa jua unsur riba, berhati-hati dalam penggubalan perjanjian sebegini. Ditakuti cara dan kaedah amalan konvensional dengan tidak disengajakan dimasukkan. Perubahan hendaklah dibuat secara menyeluruh agar tidak timbul atau tidak seharusnya timbul apa-apa syak atau keraguan tentang riba ini. Walaupun syak ini mungkin dikatakan tidak relevan dalam prinsip BBA ini, namun itu boleh memberi kesan kepada persetujuan atau menjejaskan ibadah.

[14] Secara keseluruhan, dan setelah mempertimbangkan penghujahan kedua-dua pihak, saya bersetuju, setakat mana yang diperjelaskan di atas, dengan penghujahan peguam plaintif yang terpelajar. Saya juga berpendapat persoalan yang timbulkan dalam kes ini yang secara langsung melibat projek yang terbengkalai dan ketidakwujudan subjek perkara perjanjian harus diberikan perhatian serius oleh pihak berkenaan. Walaupun ini melibatkan urusan perdagangan, namun dalam melaksanakan sesuatu urusan berdasarkan prinsip syariah atau ibadah janganlah hendaknya prinsip atau konsep keadilan dan keadilan itu diketepikan atau dibataskan ke tahap yang boleh menjejaskan asas prinsip tersebut. Dengan itu, dan atas dasar imbalan kebarangkalian saya membenarkan tuntutan plaintif dan memutuskan:

- (a) Deklarasi bahawa PSA bertarikh 25 Februari 1998 dan/atau PPA bertarikh 25 Februari 1998 dan/atau surat ikatan penyerahhakan bertarikh 25 Februari 1998 adalah terbatal dan tidak sah;
- (b) Jumlah RM577,169.42 yang merupakan ansuran yang telah dibayar kepada defendan dipulangkan kepada plaintif;
- (c) Ganti rugi terhadap sewaan klinik plaintif yang berjumlah RM387,600;
- (d) Ganti rugi terhadap ubah suai/renovasi klinik plaintif yang berjumlah RM4,200; dan
- (e) Kos tindakan ini sebanyak RM10,000.

A

B

C

D

E

F

G

H

I